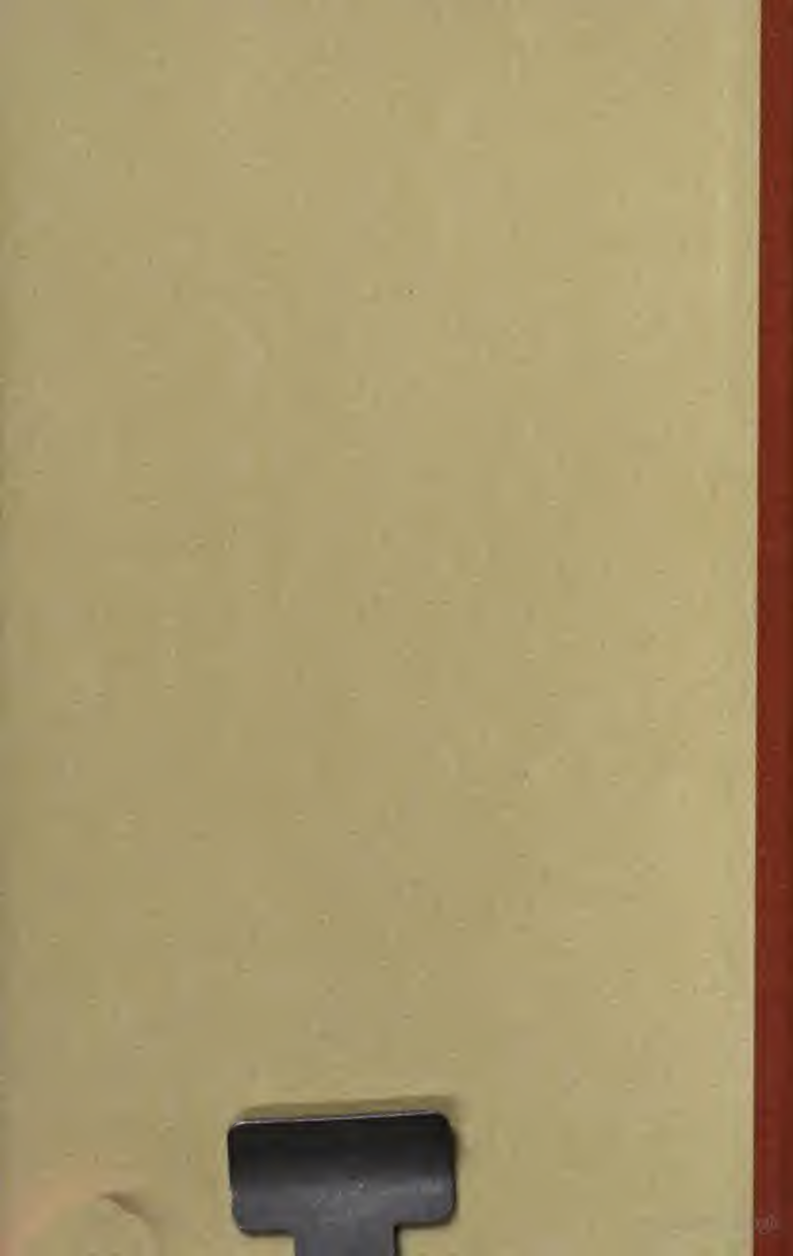
DELLA IDEA FONDAMENTALE E DELLE MASSIME EPOCHE DELLA...

Francesco Melillo





DELLA IDEA FONDAMENTALE

E

DELLE MASSIME EPOCHE

DELLA STORIA GIURIDICA

DISSERTAZIONE

DI

FRANCESCO MELILLO





NAPOLI
STAMPERIA DEL FIBRENO
San Giovanni maggiore Pignatelli
1871

AI MIEI FIGLI

Se intitolo a voi, amatissimi figli miei, questa Memoria sulla Storia giuridica, lo fo per avere l'occasione di incitarvi da ora allo studio della giurisprudenza, per quel tempo in cui sarete in grado di eseguirlo. In tale scienza si concentrano le migliori discipline; la filosofia del pari che la varia erudizione acquistano pratica fecondità; l'eloquenza vede aprirsi vasto campo di civile sapienza; e imbevendosi la mente della equità che veste forma di legge, l'uomo stesso (quando sinistre cause non lo distolgano) viene a contrarre dalla sua giovinezza l'abitudine della onestà sociale. Ma poichè sarebbe superfluo il ripetere all'uopo quelle ragioni che derivano dall'indole stessa di detta scienza, e molto a lungo mi trarrebbero le altre non meno importanti che nascono dal doversi considerare il dritto come custode e duce, anzi perno rilevantissimo di civiltà nell'epoca nostra (cosa che io spero di poter trattare con altro apposito scritto); stimo in vece opportuno di presentarvi qui alcuni domestici esempî, che quantunque modesti, pure non sono indegni di ricordanza, e debbono altronde esercitare una non dubbia efficacia sull'animo vostro. Nello esortarvi con ciò a consociare virtù antiche a idee nuove, intendo di mostrarvi la via per la quale potrete riuscire ad essere degni della patria, e, debbo pur dirlo, del vostro nome. Che se alcuno non volesse condonarmi un simile cenno, po-

trete voi mostrare un giorno come questo non sia rimasto vuoto del risultato che io mi era prefisso.

Quando morì Costantino, mio avo paterno, l'erudito Emanuele Taddei nel farne la necrologia scrisse: « Era egli nato in Montesarchio 1) da famiglia che ripete . . . . origine da Benevento, e conta nel suo seno molti uomini insigni per lettere e per armi 2) ».

Trovo in effetti che tra i nostri ascendenti un Vito Melillo, nato nel 1550 e morto nel 1620, fu giureconsulto il quale, per non dire di circostanze estranee al mio proposito, salì alla più alta magistratura provinciale dei suoi tempi, essendo stato Commissario della già provincia di Campania 3). Una cronaca familiare scritta dal mio arcavolo nel 1709 fa menzione della rara amicizia che passò tra lui e Francesco De Ponte, patrio giureconsulto di cui degna di essere ricordata fra le altre opere è quella sulla politica potestà dello stato. La stessa cronaca dice pure che Costantino (m. nel 1649) figlio del detto Vito, insieme alla giurisprudenza coltivò le buone lettere e fu dotto nel greco.

Gianvincenzo Gravina avea prima dello stesso Vico proclamato tre cose essere necessarie al giureconsulto: *linguae latinae peritia, ratiocinandi ars et notitia temporum* 4). Nello inol-

1) Vogliono alcuni introdurre ora l'uso di scrivere ***Monte Sarchio***, accettando l'etimologia dal noto ferro detto *Sarchio* di cui fanno uso i villici per recidere le erbe. È questo però un errore che degrada il nome e il luogo stesso, il quale antichissimamente, a causa tanto della naturale posizione quanto della pelasgica torre, dovette essere chiamato ***Montis Arcis***, onde poi ***Montesarchio***, da *arx* o ancora da ἕρκος, che significa *locus septus*, ovvero *munitus*, non che da ἄκρος che vuol dire *locus excelsus*. A questo proposito però debbo ripudiare l'altra etimologia da ***Hercules***, sì perchè questa è sfornita di monumenti storici, e sì perchè lontana di affinità col nome di Montesarchio.

2) *Monitore delle Due Sicilie*, 2 maggio 1812.

3) Tutte le provincie dell'ex-Regno avevano in detta epoca, quanto ad ordinamento giudiziario, le Udienze Regie Provinciali, cioè Tribunali composti del Preside, di due o tre Uditori, e di un avvocato del Fisco. Non così per Terra di Lavoro in cui aveva sola giurisdizione il magistrato suddetto, o per proprio ufficio o per delegazione (*Commissarius Campaniae solus jus dicit*).

4) *De ortu et progressu Juris*, Lettera proemiale.

trarvi in sì fatti severi studî, vi siano pure di sprone i nomi del mio prozio Michele, del mio avo Costantino e del mio zio Vito M^a^.

Il primo fu mentovato dal nostro dotto Niccola Ignarra nel seguente modo: *Michael Melillus, vir apprime cultus, probitate, facilitate, amicitia, uno dicam verbo, antiquis moribus adeo commendandus ut nihil supra* 1).

Del secondo restano molti volumi di allegazioni in cui la giurisprudenza romana e le patrie leggi trovano un interprete non comune. Venne il detto mio avo onorato di molte magistrature; ma ciò che più l'onorò fu l'esserne rimosso insieme a tutti i buoni nella restaurazione fatale del 1799 2). Reintegrato in carica in tempi più miti, fu presidente della Corte di Appello di Napoli, e morì con fama di molta probità e dottrina ai 23 aprile 1812 nel posto di Consigliere di Cassazione.

L'ultimo cioè Vito M^a^ scrisse carmi in latino, che il dotto Francesco Daniele chiamò *bellissimi e latinissimi*, siccome ne fa testimonianza la biografia di lui, composta dal chiaro Francesco Avellino Segretario perpetuo dell'Accademia Pontaniana della quale egli era socio. Lo stesso illustre biografo riferisce come il detto Vito intraprese la carriera forense « recandovi quei due fonti di ogni felice riuscita, la probità e il sapere; ma che ne venne poscia distolto da ragguardevoli ed importanti ufficî » 3).

Qui dovrei parlarvi di altri nostri più recenti esempî; ma questi vivono tuttora sulle nostre labbra, imperocchè uno di essi è il vostro Avo Gaetano, dilettissimo Padre mio, che ha lasciato onorata memoria di sè in magistratura, e gli altri sono due vostri zii, miei compianti germani, Costantino e

1) *De Pal. Neap. Dissert. de Buthisiae agone Puteol.* Neap. 1770, p. 300.

2) Ecco l'ufficio che io conservo e trascrivo: « Avendo il Re risoluto che V. S. « sia rimossa dalla carica di Consigliere e Segretario del Supremo Magistrato di Com- « mercio che ha finora esercitata, la R. Segreteria di Stato di Azienda d'ordine « Sovrano glielo previene per sua intelligenza e governo ». Palazzo 7 agosto 1799. Sig. Costantino Melillo.

3) Vedi *Atti dell'Accademia Pontaniana*, vol. 1, pag. XXI a XXV.

Alessandro, ai quali solo morte precoce e avversi casi hanno potuto togliere che avessero impresso più stabili orme sì nelle scienze giuridiche in cui era assai inoltrato il primo, e sì nelle matematiche per le quali avea raro ingegno il secondo.

Pertanto, amatissimi figli miei, vi assiste l'obbligo di non essere degeneri, ma di emulare i molti che vi hanno preceduto, e sorpassarli anzi di tanto, per quanto l'epoca a voi serbata vince quella in cui si trovarono i vostri maggiori.

1° aprile 1871.

DELLA IDEA FONDAMENTALE

E DELLE MASSIME EPOCHE

DELLA STORIA GIURIDICA

L'antico detto *ars longa vita brevis* segna al certo la principale cagione per la quale il progresso delle scienze non solo si è soffermato di tempo in tempo, ma è anche spesso rimasto interrotto, per modo che solo dopo lunghi anni rifacendo la via già percorsa ha potuto riacquistare quello spazio che avea ad un tratto perduto. Da una parte la verità non rivela i suoi segreti che ai più ostinati cultori; dall'altra un singolare destino fa che quando i dotti sonosi più appressati alla meta delle loro ricerche, o vengono rapiti alla società ed al mondo scientifico, o non sono più nel caso di eseguir lunghi lavori, impediti dagli anni e dalle cure della vita così privata che pubblica. Quanti ritrovati, quante idee, quanta dottrina non è così scomparsa dal mondo dopo essere costata incessanti veglie ai più chiari ingegni? Quanti originali disegni non son rimasti chiusi nelle menti dei loro autori, nell'atto che essi avrebbero abbreviato di secoli il cammino dello scibile, e reso men difficile il suo ulteriore incremento?

Per ovviare ad ogni possibile jattura di simil genere giova pertanto far che ciascuno si affretti a rivelare agli altri di tratto in tratto l'ultimo termine su cui è giunto a porre il segnale del proprio pensiero, sì che chiami coloro i quali vengono dopo di lui ad eseguire quei piani che egli ha potuto concepire, ma che non è

più in grado di attuare. Questo se io mal non mi appongo è non solo il migliore ufficio che gli uomini anziani negli studî possono rendere alla gioventù che li segue, ma è anche l'unico modo di assicurare il progresso del sapere con prevenire il numero delle perdite di cui può lo stesso più risentire.

Lungi da me l'idea che io voglia con questo preludio accennare in menoma guisa ad una qualsisia importante rivelazione da fare nel campo delle scienze sociali. È anche inutile il dirlo:

Me degno a ciò nè io nè altri crede.

Tuttavolta se mi è pur avvenuto di raccogliere qualche nuovo lume di vero, in seguito di pazienti ricerche, nel dominio di tali discipline, ad onta della pochezza del mio ingegno, non ne farò mistero per falsa riserva, tanto più che mi dà animo l'uditorio coltissimo e la presenza di persone insigni di cui non mi può far difetto la benevolenza 1). Pertanto dico, che meditando sulla eterna idea del dritto ho trovato che questo in quanto alla essenza è stato sempre e da tutti affermato nel mondo giuridico in una certa maniera identica e però uniforme e costante, mentre poi secondo il diverso modo in cui è stato spiegato ha rivestito forme varie e successive. Da ciò io ho ricavato un supremo criterio il quale deve essere di norma ad una Storia giuridica, sì per quel che riflette l'unità della sua idea fondamentale che è come la comune divisa sotto la quale il dritto si è manifestato e conservato sempre eguale in tutte le istituzioni e in tutte le leggi, e sì per quel che riguarda la varietà delle sue grandi epoche rispondenti alla diversa spiegazione che il dritto stesso ha ricevuto nel corso del tempo.

Non essendo io punto nel grado di fare un lavoro di tanto nerbo e di tanta mole qual'è una Storia giuridica, mi si condoni la frase, *fungar vice cotis*. Nutrendo fiducia che possa tornare non inutile ad essa ciò che mi è avvenuto di scorgere in seguito delle investigazioni portate intorno al modo di idearla e di eseguirla, vengo a palesare alcune mie considerazioni sull'enunciato proposito

1) La presente Monografia venne letta ai 12 dicembre 1869 nell'Associazione Napoletana per il progresso delle scienze sociali, preseduta dall'illustre giureconsulto Comm. Giuseppe Pisanelli.

nel presente discorso, nel quale io mi propongo dichiarare in primo quale sia l'idea fondamentale della Storia giuridica, e in secondo quali siano le massime epoche in cui la stessa deve esser divisa.

I.

Siccome in tutte le cose fa mestieri distinguere 1° l'oggetto in quanto è da ognuno appreso, 2° la cognizione scientifica di esso, e 3° la sua cognizione filosofica; così nell'ordine giuridico uopo è tenere pria di ogni altro distinti fra loro il dritto in quanto esiste nella ragione della umanità, la conoscenza semplicemente scientifica di esso la quale si aggira intorno alle sue ragioni prossime, e la filosofia del diritto in quanto importa cognizione del medesimo ricavata dai suoi sommi principî.

Ma in ciascuno di tali stadî conviene ravvisare in secondo luogo il riconoscimento e più propriamente la sanzione e proclamazione autorevole del dritto in mezzo alle società umane, giusta le esigenze di queste, vale a dire la Legge positiva. La quale o segue il dritto in quanto si palesa semplicemente nella convinzione spontanea dei popoli, anteriormente all'opera della scienza, ed è *consuetudine;* o viene in seguito del concetto riflesso e del lavoro scientifico sul dritto, senza che di questo siasi ancora trovato il vero fondamento razionale, ed è legislazione puramente *civile*; o si annunzia informata appunto dalla vera idea fondamentale o ragion somma del dritto, quale vien ritrovata alla fine dalla filosofia giuridica, ed è legislazione cui vuolsi dare debitamente l'epiteto di *filosofica*.

In tutti i modi se la legge positiva è la sanzione e proclamazione autorevole del dritto, essa non solo non può da questo prescindere, ma dee per primo racchiuderne l'*essenza comune*, e dee per secondo rivelare le sue *forme diverse*.

L'essenza comune del dritto quale dal principio a tutti si palesa è la *inviolabilità*, per modo che se non si concede che il dritto o sia inviolabile per sè o sia come tale stabilito e dichiarato autorevolmente, niuna legge è più possibile, come quella che manca di oggetto, di scopo e di valore. Però l'opera del legislatore è consistita sempre nel determinare non solo il dritto, ma nel proclamarlo e

sanzionarlo: i quali atti importano riconoscere la inviolabilità del dritto e assicurarla contro le possibili offese innanzi al civile consorzio.

Il Digesto dice: *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire* 1). Fo su questo passo due osservazioni relative al mio proposito. La prima è che il *vetare* non deve essere inteso quale atto diverso dall'*imperare* in quanto al principio autorevole, ma sì in quanto al termine; imperocchè il vietare importa anche comando di non fare, onde esso entra nella categoria delle leggi *obbligatorie*, le quali proclamano *indirettamente* la *inviolabilità* del dritto, segnando in rapporto ad esso un *limite* alla umana attività, sia col determinare alcuni atti da eseguire come nelle leggi *precettive*, sia col determinarne altri per interdirli come nelle *proibitive*. La seconda osservazione è, che ad onta vi siano azioni innocue e quindi permesse, pure da queste non si può dedurre che il *permittere* importi l'esistenza di leggi *permissive semplicemente dette*. Notava già il Grozio, che: *Permissio non actio est legis, sed actionis negatio* 2). Di vero una semplice mancanza di divieto, cioè un silenzio di legge, non è atto positivo di questa. L'atto permissivo della legge non deve essere inteso se non nell'accettazione di atto *facoltativo*, atto cioè che ammette la data facoltà di fare o di non fare, di fare in un modo o in un altro; per cui la legge stessa che riconosce in ciascuno detta facoltà o potestà di agire liberamente, vuol essere chiamata *facoltativa* o anche *potestativa* se si consideri che il dritto nell'uomo è *potere* cioè *vita tutta propria* che si dispiega in mille forme di atti e di rapporti speciali. Avvegna poi che simil legge nel riconoscere una data facoltà o potestà comunica ad essa l'autorità sua e la riveste della sua validità, ne viene che la legge facoltativa è quella che sancisce e proclama *direttamente* la *inviolabilità* di alcun dritto.

Carlo Comte al proposito di talune definizioni usate dai codici scrive, che: « Quando le definizioni non hanno altro scopo che far conoscere la natura delle cose, esse sono inutili e pericolose, e bisogna lasciarle alla scienza ». Indi soggiunge: « In fatto di dottrine un legislatore non è più autorevole di un privato, menochè

1) D. 1, 3, 8.
2) *De jure belli ac pac.* 1, 1, 9.

non cominci dal dichiararsi infallibile » 1). Che i codici debbano ricevere dalla scienza le definizioni che danno non è cosa da porre in dubbio. Ciò che noi non possiamo concedere al Comte è, che le definizioni debbano essere lasciate alla sola scienza e però eliminate dai codici o tutt'al più ristrette alle sole leggi obbligatorie. Di vero, se le leggi facoltative consistono nel proclamare direttamente la *inviolabilità* dei dati dritti, e se ciò non può esser fatto senza che questi siano determinati con apposite definizioni, è necessario che i codici alla occorrenza definiscano i dritti, non coll'intento teoretico di farne conoscere la natura sol per conoscerla, ma col fine pratico di proclamarli nell'ordine giuridico, cioè di dichiararli inviolabili.

Senza le leggi facoltative le stesse leggi obbligatorie non avrebbero ragione di essere; imperocchè se le date facoltà o potestà di agire non fossero riconosciute come inviolabili, perchè se ne imporrebbe agli altri il rispetto?

Ma l'*essenza* del dritto non è *completa* colla sola *inviolabilità*. Questa dee avere una qualche *ragione*, senza di che come si risponderebbe a chi volesse sapere « perchè il dritto è inviolabile?» La *ragione somma* della inviolabilità del dritto non può essere intanto che una, appunto perchè somma, ed essa non può essere ritrovata che dalla Filosofia del diritto, a cui appartiene la cognizione universa del dritto in quanto è desunta dalla sua prima sorgente, cioè dalla ragion prima della sua inviolabilità. Or questo appunto importa cognizione della *essenza completa* del dritto.

Tuttavolta, poichè gli uomini non hanno sempre conosciuta la vera ragione della inviolabilità del dritto, o almeno non l'hanno sempre compresa nella sua vera pienezza e in tutte le sue conseguenze; perciò nel campo della storia essa si è presentata in modi diversi. Così tutti hanno ammesso che il dritto è *santo*, che il dritto è *inviolabile*, ma non tutti hanno ricavato tale inviolabilità dallo stesso principio, ovvero in ultima analisi ne hanno data la stessa spiegazione. Quindi i modi tanto diversi di determinare, attribuire e coordinare i dritti; quindi i sistemi e le legislazioni non solo diverse ma opposte.

1) *Traité de la propriété*, Ch. 48. Ciò ricorda il detto dei giureconsulti romani: *Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti possit* (D. 50, 17, 202).

Fin da ora noi siamo nel caso di stabilire che debba appartenere alla Storia giuridica lo investigare in qual modo il *principio della inviolabilità*, o come suol dirsi *santità del dritto*, sia stato ravvisato dagli uomini, e più specialmente in qual modo esso siasi manifestato *nel tempo* in mezzo alle legislazioni diverse. Senza di ciò la Storia giuridica mancherebbe di penetrare nello spirito animatore delle legislazioni medesime. Essa guarderebbe agli effetti senza salire alla loro cagione. Però non potendo ripetere le mutazioni nell'ordine di quelli dalle mutazioni che avvengono nell'ordine di questa, non potrebbe nè meno intendere nè assegnar la ragione dell'essere e del variar delle leggi.

Il dritto e la legge si richiamano a vicenda, essendo l'uno la materia dell'altra, questa la forma del primo. Se l'essenza *completa* del dritto non sta nella sua sola *inviolabilità*, ma anche nella *ragione* di essa; deve una tale ragione, qual che ne sia il valore, esistere eziandio nel fondo di tutte le legislazioni, constituirne lo spirito che le agita e le trasforma, e che ne segna il principio e le fasi in ordine alla stessa durazione. Potrebbe la legge muoversi a caso o essere cieca a segno da mancare di ogni ragione in tutto ciò che dichiara inviolabile e protegge collo scudo della sua sanzione? Da ciò io desumo che la Storia giuridica debba ricercare ed esporre *la ragion prima della inviolabilità del dritto quale si è manifestata nel corso del tempo in fondo alle legislazioni diverse*. Or è appunto questa ragione quella che io chiamo *idea fondamentale* della Storia giuridica, per cui conviene che questa non si limiti a seguire le vicende del dritto e della legge in modo per quanto superficiale per tanto incompleto, ma rimonti sino alla fonte per cui la inviolabilità del dritto è stata sanzionata e proclamata variamente dalle legislazioni dei popoli e dei tempi diversi: senza di che essa non sarebbe veramente Storia *completa* del dritto.

Potrei far notare come la detta idea fondamentale segni la ragione ultima del dritto e sia il principio primo della legge; ma ciò si riferisce al doppio processo analitico o sintetico dello spirito umano, che nel dritto va dalle conseguenze ai principî, nella legge dai principî alle conseguenze. Quanto al contenuto trovandosi così nel dritto come nella legge la *inviolabilità* poggiata sopra una qualche *ultima ragione*, che è appunto l'*idea fondamentale* di cui io parlo, debbono ambo essere ricercate e svelate dalla Storia giuridica se non vuol restare storia incompleta.

Segue da tali cose che la Storia giuridica mentre ha per primario intento le vicende delle legislazioni, deve cercarne la genesi nel dritto quale esiste non solo nella persuasione giuridica dei popoli e nelle dottrine dei giureconsulti, ma nelle stesse speculazioni dei filosofi. Troppo vero che non è suo compito il ricercare la ragione *assoluta* della inviolabilità del dritto, ma sì quella che si è manifestata *nel tempo*. Tuttavolta è da considerare che questa ad onta che non avesse sempre racchiuso la detta ragione assoluta, pure ha dovuto in qualche modo farsi scudo di essa. Sotto il rapporto storico tre principî hanno esercitato la maggiore influenza nel mondo stesso del dritto: la forza, dico, l'utilità, la superstizione. Or questi principî non hanno mancato di rappresentanti fra cultori delle scienze giuridiche sino alla età nostra; che anzi racchiusi tra dati confini, e sotto dato rapporto, non lasciano di avere il loro appoggio nel vero. Imperocchè la forza anzichè essere la nuda violenza può rivelare il sentimento della ragione individuale, ed essere « una virtù attiva al servizio dell'idea giuridica ». L'utile può significare o un elemento o la conseguenza del giusto. La superstizione stessa non lascia di aver fondamento nella coscienza religiosa. Nella Storia giuridica deve dunque entrare la Storia delle leggi come fine, ma la fonte non deve essere ricercata che nel dominio di quei principî i quali hanno potuto nel tempo ispirare i legislatori e cui si rannoda tutto un sistema di leggi, e che sono di un ordine troppo elevato perchè ad onta dei loro difetti non avessero trovato apostoli tra cultori della scienza prima del dritto. Così la forza, l'utile, la superstizione financo onde nel campo delle scienze politiche fu suffragata l'ipotesi del dritto divino, appariscono teoriche discusse e ventilate nel seno delle diverse scuole di filosofia del diritto.

La conclusione di tali cose è che non può assegnarsi motivo per lo quale mentre i legislatori e i filosofi si uniformano in certi punti comuni, debba poi la Storia giuridica limitarsi a prender conto dei principî riconosciuti e proclamati dai primi, senza curar delle teoriche le quali vengono svolte dai secondi. Che anzi se il bene o il male prodotto dal potere degli uni, è conseguenza della verità o falsità dei sistemi degli altri, non si dee appunto convenire che la Storia giuridica può solo aver vanto di essere intera quando ha tenuto debito conto di tali sistemi?

Con altre parole: se le teoriche dei filosofi del diritto o hanno esercitato o non mancheranno di esercitare una influenza buona o sinistra sulla formazione delle leggi; quando la Storia giuridica si ostinasse a torcere altrove gli sguardi sempre che si imbatte in alcuna di dette teoriche, si precluderebbe da sè la via a conseguire il doppio suo ufficio: quello dico della compiuta intelligenza delle leggi fatte, e l'altro anche più importante del successo di quelle da fare.

Le mentovate teoriche nelle quali il dritto si presenta sistematicamente rannodato e desunto dalla ragion prima della sua inviolabilità, vengono poi raccolte ed esposte dalla Storia della filosofia del diritto.

Deriva da ciò che la Storia giuridica debba completare sè stessa con appropriarsi ed assorbire sapientemente il lavoro della Storia della filosofia del diritto, se non vuol precludersi la via a trovare veramente svolti e chiariti quei sommi principî i quali racchiudono la segreta origine delle leggi e fuor dei quali non si può trovar di queste la completa spiegazione.

In tutte le cose si è cominciato dal distinguer poco e si è proseguito col separar troppo. Contro sì fatti vizî nei quali sono incorsi gli antichi da una parte e i moderni dall'altra, è tempo di levarsi e dire non confusione nè disgiunzione, ma ricomposizione ed unione di tutto ciò che non può esser diviso senza reciproco dimezzamento.

La Storia giuridica è per sè già una storia parziale, occupandosi di un elemento solo fra i molti che costituiscono la vita umanitaria. È mestieri completarne l'interno organamento effettuando il suo connubio colla Storia della filosofia del diritto, la quale altronde ha in essa la sua destinazione, anzi è nata a comporne la parte migliore.

Per un verso il separare la Storia del dritto da quella delle leggi riesce a negare la storia stessa del dritto; imperocchè il dritto non diventa storico se non in quanto è riconosciuto e proclamato come inviolabile in mezzo alle società umane, cioè in quanto si muta in verbo legislativo vestito di forma autorevole e imperiante. Quando tutto manchi, il dritto vige nei popoli come consuetudine, di cui va detto: *Magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto comprehendere* 1).

1) D. 1, 3, 36.

Dall'altro lato non è però men vero che non si dee separare la Storia delle leggi da quella del dritto; stante che le leggi se desumono la loro materia dal dritto in quanto esiste nella persuasione dei popoli, ricevono la loro determinazione dal concetto scientifico proprio della giurisprudenza, e trovano la loro somma spiegazione nel dominio della Storia della filosofia del diritto, la quale come abbiam notato investiga le ragioni della inviolabilità del dritto quali sono state esposte dai pensatori teoricamente, e che prima o dopo hanno informato nel tempo le legislazioni diverse: conciossiachè tali ragioni son quelle di cui in modo eminente dee dirsi, che nulla vi ha di teorico che non diventi pratico, come nulla vi ha di pratico che non abbia la sua sorgente nella regione del pensiero.

Il bisogno che la Storia giuridica ha di far sua la Storia della filosofia del diritto, se vien mostrato dalla essenza stessa del dritto che non è tale se non è *inviolabile*, e non è *inviolabile* se non in virtù di qualche *ragione ultima*; si rende aperto anche per poco che si consideri quale è lo *spirito* delle grandi legislazioni, cioè di quelle da cui come rivoli sono discese tutte le legislazioni minori. Dico pertanto che le classiche legislazioni rivelano sempre un qualche sommo principio giuridico, cioè la ragion prima della inviolabilità del dritto. Anche quando il legislatore fosse assai discosto dalla ragione assoluta del dritto, e non facesse che ubbidire allo spirito del tempo, pure egli dee avere di questo la più profonda cognizione, e però dee in ispecial modo rappresentare e personificare lo spirito del dritto informatore dell'epoca e della società in cui vive: lo che vuol dire che dee in sua mente possedere la ragione per cui il dritto è inviolabile o almeno può essere accolto come tale nella sua gente ed età. La conoscenza poi della ragione per cui non già questa o quella determinata classe di dritti può essere giustificata, ma per cui il dritto stesso è giustificabile cioè valido nella sua purezza e generalità, importa appunto cognizione *filosofica* del dritto comechè non sempre esplicita nè sempre assoluta e perfetta. I grandi legislatori sono quindi veri filosofi del diritto comechè non ne assumessero il nome, nell'istesso modo in cui i grandi filosofi del diritto sono stati veri legislatori, sia che abbiano fatto essi stessi, sia che abbiano preparato le posteriori legislazioni, o riassunto e perfezionato quelle dei loro tempi. Fra i

grandi filosofi del diritto e i grandi legislatori corre tanta affinità, che il solo divario fra essi può ridursi a ciò che gli uni proclamano le ragioni del diritto piuttosto che le loro applicazioni, gli altri proclamano le applicazioni di esso piuttosto che le sue prime ragioni. Ma sarebbe ingiusto anzi assurdo del pari il negare ai grandi legislatori la cognizione dei principî, come ai grandi filosofi del diritto la forza delle applicazioni. Gli uni e gli altri seggono al vertice delle società umane. Il loro nome è un solo, quello di *sommi sapienti.* Una la loro missione:

Oppida moliri, leges incidere ligno.

I filosofi del diritto e i legislatori spesso si identificano, spesso si completano a vicenda. Se in Oriente Fo-hi, Viasa, Manu, Zerdust, Lao-Ttseu, Koung-Fou-Ttseu, l'Ermete Egizio, vengono riconosciuti come filosofi e legislatori ad un tempo; nell'occidente antico essi si intrecciano, sì che da un lato senza Licurgo e Solone non sarebbero stati Platone e Aristotile, e dall'altro senza i Pitagorici non sarebbe esistito Numa: fenomeno che si riproduce con poco divario nella età di mezzo, in cui sulla via preparata da Arnaldo da Brescia incontriamo il secondo Federigo tra Pier delle Vigne e san Tommaso; mentre nell'epoca moderna Grozio, Leibniz, Vico, Montesquieu, Rousseau appariscono quai veri precursori di quella legislazione che ormai regola il mondo civile.

Da tali considerazioni si conferma che la Storia giuridica perchè risponda al suo intento e non riesca incompleta anzi priva della sua più vital parte, deve essere informata da un' *idea fondamentale*, la quale non è altra se non *la ragion prima della inviolabilità del dritto investigata nel tempo in fondo alle legislazioni diverse*. A tal fine la Storia della filosofia del diritto deve non solo connettersi colla Storia giuridica, ma essa deve entrarvi come la parte più intima e sustanziale, ed essere come il campo in cui la Storia giuridica stessa dee trovare la ragione e la spiegazione ultima del suo soggetto.

Per ovviare al vuoto di detta idea lo storico molte volte si ingegna di innestare le sue particolari considerazioni alla esposizione delle leggi. Vano espediente! Non è la ragione dello storico quella che deve entrar nella Storia: lo storico anzi dee tacere

quando questa parla. È la ragion della Storia giuridica quella di cui veggo la importanza, ed essa fuor di dubbio non risiede altrove che nella ragione ultima della inviolabilità del dritto in quanto costituisce il principio cui si rannoda ogni processo legislativo.

La prefata ragione della Storia giuridica è come una grande figura le cui fattezze non possono essere apprese da chi guardi le singole leggi molto da presso, e vegga in esse non altro che la manifestazione immediata dei bisogni e delle circostanze. Solo colui che si colloca alla debita altezza, non può mancare di scorgere come vi ha ben qualche cosa al di là delle mentovate cagioni. Che se poi vuolsi dire che la somma ragione del dritto il più delle volte esiste nel popolo e talora anzi negli stessi legislatori sotto la forma oscura del sentimento, io rispondo che tal modo di essere, lungi dall'esentare la Storia giuridica dall'obbligo di arrivare sino ad essa, non fa se non mostrare vie più l'importanza di investigarla, di svestirla di ogni ingombro e di presentarla in tutta la sua purezza e splendore.

Ammetto che possa esservi una esposizione dei puri sistemi filosofici intorno al dritto razionale, e riconosco dal lato opposto come sia pur necessario il raccogliere e l'ordinare le leggi secondo la successione dei tempi. Tali cose debbono essere rispettate, solo che si considerino per quel che sono, cioè come lavori preparatori per la Storia giuridica, dei quali il primo si dirama dalla Storia generale della filosofia, il secondo forma parte della statistica, e risponde a ciò che tuttora si esegue mediante la raccolta ufficiale delle leggi e decreti. Quello che io non posso affatto consentire è che questi due estremi non debbano nella Storia giuridica prender vita dalla loro unione. Pertanto dico che in una simile Storia la ragion prima del dritto dee mostrare la sua influenza sulla formazione delle leggi, e queste debbono ricevere la loro spiegazione mediante la detta ragion prima del dritto quale si manifesta nel tempo. Or poi cotale ragion prima del dritto è appunto l'idea fondamentale la quale dee pervadere l'intera Storia giuridica.

Mi sta sempre presente il detto di Bacone con cui deplorava che la teorica delle leggi o era esposta da filosofi ignoranti dei fatti, o da giureconsulti che non si elevano alle ragioni somme del dritto. Non parmi che da simil difetto possa dichiararsi immune la Storia giuridica, semprechè essa si fa solo a seguire o le vicende

3

della scienza senza vederne l'influenza sin nelle ultime specialità delle leggi, o le vicende delle leggi senza ripeterne l'origine dai supremi principî della scienza.

Credo abbastanza chiaro dopo ciò, che la Storia della filosofia del diritto debba essere sapientemente trasfusa e installata nel seno della Storia giuridica. Isolata da questa essa perde la sua vera importanza, o se ne conserva una parte, questa è quella che vien divisa in comune dalla intera Storia della filosofia.

L'idea fondamentale del dritto, cioè la ragion prima della sua inviolabilità, è il soffio animatore che agita e trasmuta le leggi positive, vero germe della vita pratica di ogni civil società. Essa è occulta agli sguardi profani come occulta nella Storia è l'origine dei popoli e delle loro instituzioni giuridiche. Tuttavolta, dotata di forza infinita si apre la via in mezzo ai secoli e si dilata per le regioni del mondo sino a che giunge ad abbracciarsi colla umanità con cui si identifica. La Storia giuridica vorrebbe esser così fiacca da arrestarsi e temer quasi di penetrare nel fondo delle diverse legislazioni, per impadronirsi di quella *idea fondamentale* che ne chiude e può palesarne i segreti?

La vera Storia giuridica deve dunque essere ricomposta dopo essere stata smembrata. Sia che raccolga le rozze consuetudini dei popoli nascenti, sia che esponga le classiche legislazioni degli stati più culti, essa ha sempre a sè d'innanzi il dritto colla sua inviolabilità, e può in vano sperare di acquistare intelligenza completa o dare spiegazione di questa, senza cercarne le *ragioni somme* nel pensier dei filosofi o dei legislatori. Così in brevi parole la Storia giuridica deve essere animata dalla Storia della filosofia giuridica a fin di addentrarsi sino alla sorgente della inviolabilità o santità del dritto quale ha dovuto essere concepita dai grandi pensatori, o piuttosto dai sommi sapienti della umanità, ed ha dovuto presedere alla formazione delle leggi appo i diversi popoli e nelle svariate condizioni della loro civiltà.

Non si vorrà scambiare dopo ciò tale mio concetto relativo alla unità di un'idea fondamentale della Storia giuridica col modo di vedere proprio della scuola storica. Questa va investigando la ragion delle leggi nella sola conscienza giuridica dei popoli, e però studia lo spirito di questi qual si manifesta attraverso il velo delle consuetudini e delle leggi del tempo. Io vado cercando la ragion

prima della inviolabilità del dritto quale esiste nella idea dei sommi sapienti, cioè dei grandi legislatori in quanto son veri *filosofi del diritto,* e dei grandi filosofi del diritto in quanto son veri *legislatori.* Però la scuola storica non ammette di far sua la Storia della filosofia del diritto; per me al contrario questa è la leva che dee sublimare e portare insieme a complemento la Storia giuridica.

È troppo poco l'arrestarsi a veder la sorgente delle leggi nella sola spontanea conscienza giuridica dei popoli. Nè meno basta scovrir la mente delle leggi dietro le dottrine esegetiche dei giureconsulti. Ei fa mestieri assorgere alla ragion prima della inviolabilità del dritto, che è l'*idea* in cui si incontrano i filosofi e da cui partono i legislatori, i quali tutti sono nella società quel che la mente è nell'uomo. Detta idea in quanto ha dominato sotto diverse forme in mezzo a diverse legislazioni nel tempo, è per me il fondamento della Storia giuridica; ma essa costituisce il segno a cui la scuola storica resta inferiore.

Dall'altra parte la Storia giuridica serba sempre limiti molto distinti da quelli della filosofia del diritto. La prima riflette le ragioni della inviolabilità del dritto quali si sono manifestate nel tempo anche in modo imperfetto. L'altra dee studiare il dritto nelle sue ragioni assolute e però immutabili ed universali.

Volendo adunque in modo di riassunto determinare l'esposto concetto, posso dire che esso mira 1° a dare unità, 2° a completare, 3° ad innalzare la Storia giuridica mediante l'idea o ragion prima della inviolabilità del dritto: imperocchè questa idea che è il punto di contatto o di identità tra i legislatori e i filosofi del diritto, è anche ciò che havvi di più semplice e insieme di più vitale e di più elevato in mezzo a ciascuna delle tante legislazioni diverse.

La scuola storica troppo separata dalla filosofia del diritto, vedrebbesi ravvicinata a questa, quante volte la prima accogliesse nel suo seno la Storia della filosofia del diritto, anzi accordasse ad essa quel posto principale che le compete. La filosofia del diritto dall'altra parte troppo separata dalla scuola storica, si vedrebbe anch'essa ravvicinata a questa, quante volte si facesse a riandare il suo lungo passato. Così la filosofia giuridica senza confondersi menomamente colla Storia giuridica, troverebbe non pertanto in

questa i numerosi fili onde si intesse il suo attuale organismo, e segnerebbe alla stessa come in ricambio l'ultima meta del suo futuro cammino. E nel campo eziandio della filosofia giuridica disparirebbe ogni traccia di opposizione tra la scuola storica e la filosofica; imperocchè la filosofia del diritto nella sua parte storica, cioè nelle condizioni anche imperfette dei suoi stadî percorsi, spiegherebbe il passato delle leggi; come scienza ne conterrebbe e ne assicurerebbe tutto l'avvenire.

Si offre ora il considerare, che se la ragione fondamentale della inviolabilità del dritto fosse stata sempre la stessa in tutte le legislazioni, non vi sarebbe luogo a segnare diversità di epoche nel seno della Storia giuridica. Ma il dritto non è stato ricavato sempre dalla stessa fonte, non essendosi sempre nello stesso modo concepita la ragione della sua inviolabilità. Di qui la necessità di ricercare quali siano i diversi modi in cui si è concepita la ragion prima della inviolabilità del dritto, per poter secondo essi determinare le massime epoche in cui la Storia giuridica deve esser divisa: cosa di cui andrò ora ad occuparmi colla maggiore brevità che mi è consentita dallo stesso argomento.

II

Fo principio a questa seconda parte del presente discorso dal ripetere le parole colle quali ho posto termine alla precedente, cioè che le principali epoche della Storia giuridica debbono rispondere ai principali modi nei quali deve essere concepita e spiegata la stessa inviolabilità del dritto. Or poichè la ragion prima di una tale inviolabilità non può essere desunta che dall'incondizionale, bisogna appunto ricavare la somma divisione delle epoche della Storia giuridica dal diverso modo di apprendere l'incondizionale, cioè l'assoluto. Non dee quindi far meraviglia se così le massime epoche della Storia filosofica vengono a tradursi in altrettante massime epoche della Storia giuridica.

Frattanto quali sono le più grandi epoche della Storia filosofica? La prima è quella in cui l'uomo è l'inconscio contemplatore dell'assoluto, per modo che annientandosi innanzi all'infinita distanza da questo, non valuta nè studia sè stesso. La seconda è quella in cui

l'uomo comincia a ravvisare in sè un *quid divinum*, e scorge in lui una certa partecipazione dell'assoluto, ond'è richiamato a ricercare in sè stesso le più alte prerogative della propria natura, senza ritrovarne però ancora il principio primo. L'ultima è quella in cui l'uomo raggiunge in sè questo principio, e finalmente si avvede che senza essere egli al certo l'assoluto, non pertanto è nell'assoluto; nell'istesso modo in cui l'assoluto senza esser circoscritto da lui, non pertanto è in lui; onde la filosofia fa sua divisa del detto: *in ipso vivimus, movemur et sumus.*

Non mi fermo a far notare come di dette epoche la prima sia *protologicodogmatica*, l'ultima *protologicocritica*, e la seconda sia pura epoca di *transizione:* imperocchè non è mio il dire come l'assoluto il quale in primo luogo è raccolto dalla fede, viene in seguito a cadere sotto il dubbio di una scienza incompleta, la quale non va oltre al condizionale; nell'atto che ricercato in fine nella sua propria sede, esso riapparisce come unico e sommo ed infinito principio di ogni cosa. Osservo bensì, venendo al mio proposito, che analogamente alla prefata divisione in tre modi si può dar ragione della inviolabilità del dritto. Il primo consiste nel ripeterlo dall'assoluto in quanto è pensato come infinitamente superiore all'uomo. Il secondo è riposto nel ripeterlo da una qualche facoltà o elevata prerogativa dell'uomo, senza scovrire tuttavia in questo un vero principio assoluto. L'ultimo è quello in cui la fonte del dritto si ravvisa e desume dal detto principio assoluto in quanto è nell'uomo senza che tuttavolta sia limitato da lui o come lui defettibile e circoscritto.

Secondo questi tre modi di spiegare la inviolabilità del dritto, l'*essenza completa* di questo viene anche ad essere concepita in tre guise, ovvero a presentarsi sotto tre forme. La prima di queste si enuncia colla definizione che « il dritto è Dio », o secondo le classiche parole di Cicerone: *Ratio summa insita in natura, quae jubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria* 1). La seconda può enunciarsi colla formola, che « il dritto è dell'uomo », senza che tuttavolta se ne sia scoverto in questo il principio sommo giustificatore e moderatore. L'ultima è quella secondo la quale un sì fatto principio si trova nella ragione in quanto è nell'uomo senza che

1) *De Leg. I*, 16.

tuttavolta sia circoscritta da questi, onde ha luogo la formola che « il dritto è l'uomo in quanto è egualmente inviolabile », secondo il pronunziato: *Jupiter omnibus aequus.*

L'ordine di dette forme dovea essere successivo, di sorta che non poteasi giungere alla terza senza passar per la seconda, ma di tutte dovea essere capo la prima; tanto essendo richiesto non già dalla natura dell'oggetto il quale é identico, ma sì dal potere intellettivo dell'uomo che tardi giunge a ripiegarsi in sè stesso e a comprendersi nella pienezza dell'essere. Però ciascuna delle tre forme enunciate dovea dar campo ad un'epoca nel corso della Storia giuridica. La prima di tali epoche fu quella del dritto divino, per lo quale secondo dice il Vico, gli uomini credevano « e sè e le loro cose essere poste in ragion degli dei, sull'oppenione che tutto fossero o facessero i dei ». Perciò, prosegue il Vico stesso: « I primi governi furono divini, che i Greci direbbero teocratici; nei quali gli uomini credettero ogni cosa comandare gli Dei; che fu l'età degli Oracoli, che sono la più antica delle cose che si leggono nella storia »... « La prima lingua fu una lingua divina mentale per atti muti religiosi, o sieno divine cerimonie » . . . « I primi caratteri furon divini, che propriamente si dissero geroglifici »... « La prima giurisprudenza fu una sapienza divina, detta Teologia mistica, che vuol dire Scienza di divini parlari, o d'intendere i divini misteri della divinazione... della quale furon sapienti i poeti teologi che furono i primi sapienti del gentilesimo ».... « La prima autorità è divina, per la quale dalla provvedenza non si dimanda ragione »... « La prima ragione è divina, di cui Iddio solo si intende, e tanto ne sanno gli uomini quanto è stato loro rivelato agli Ebrei prima e poi ai Cristiani per interni parlari alle menti, perchè voci di un Dio tutto mente 1) ». Fin qui il Vico.

Fu immenso il passaggio quando in una seconda epoca gli uomini impresero a considerare il dritto come qualche cosa che appartiene ad essi; imperocchè da allora cominciò la ricuperazione dei dritti dell'uomo. Noi possiamo additare il principio di questa seconda epoca nel *Nosce te ipsum* che i Greci attribuirono a Solone. Se non che gli uomini in tale periodo furono ben lontani ancora dal ravvisare in sè il vero e sommo principio della inviolabilità del

1) *Sc. N.* L. IV.

dritto. Per supplirvi crearono un *quid divinum* nell'ordine umano. Ed è notevole che le principali apoteosi furono quelle delle città e dei loro fondatori: idea solenne in cui si contiene la più antica confutazione del patto sociale. Conciossiachè con essa si dice, che la società antecede tutto, e che però la vita dell'uomo è subordinata alla condizione di una qualche società, come la vita delle membra a quella del corpo, per cui Aristotile chiamava l'uomo πολιτικον ζωον, che è il *sociale animal* dei latini, e giunse a dire che « la città è prima dell'individuo 1) ». Così in mancanza di ciò che è veramente divino, fu risguardato come ragione della inviolabilità del dritto quanto vi ha o di più elevato, o di più utile nell'ordine umano, o pure ciò che si crede essere un segno ed una manifestazione della divinità nell'ordine della natura. Elevata è la forza quando per essa si superano le resistenze che oppone il male e si attua un qualche gran bene. Però fu divinizzata la virtù eroica, e se ne trassero i dritti dei patrizî a differenza dei plebei. La città risponde a ciò che vi ha non solo di più necessario ma anche di più utile e di più giocondo. Però vennero divinizzate le città, opere e stanze dei numi, e se ne trassero i dritti dei cittadini, come discendenti dai fondatori delle città, a differenza degli stranieri. Non paghi di ciò, gli uomini vollero veder sè stessi e le loro cose poste sotto la salvaguardia di una qualche divinità, mediante alcuni segni reputati divini, e ne provennero le formole, i riti e le consecrazioni religiose. Non è questo il luogo in cui io possa provarlo, ma certo sono tali i sommi fattori dai quali esce il dritto nella sua seconda età. In essa di vero non si rivelò già il principio che l'uomo fosse egli come tale un subbietto giuridico; ma il dritto si mantenne costantemente come qualità o veste la quale apparteneva al patrizio, al cittadino, o anche a tutto ciò che è *sacrum sacrove commendatum*, per dirla colle parole di Cicerone 2). Al qual proposito io esprimo il pensiero che con gli enunciati elementi si può plausibilmente ricostruire o almeno concorrere alla ricostruzione del periodo più oscuro di ogni dritto il quale appartenga a questa seconda età. Imperocchè più fecondi dei documenti esterni sono quelli al certo che vengono dalla natura delle cose e degli uomini.

1) *Della Soc. civ.* 1, 2.
2) *De Leg.* 2, 9.

L'ultima epoca è quella in cui si giunge al concetto del vero dritto *autonomico*, cioè quella in cui il dritto si riconosce nell'uomo come uomo, e la ragion somma della inviolabilità del dritto si ripete da un principio il quale non sia fuori di lui ma in lui, non fattizio ma ingenito, non d'ordine secondario ma assoluto. Questa è l'epoca la quale fu iniziata colla proclamazione solenne fatta a nome della naturale libertà ed eguaglianza dall'Assemblea Nazionale nel 1789. Il *subbietto* del dritto in quest'ultima epoca non è se non la persona umana, cioè l'uomo in quanto è fornito di uno spirito intellettivo e libero, per cui non solo ha una natura ma sa di averla, non solo ha delle facoltà ma può regolarle secondo un fine prefisso. Il *principio* giustificativo e moderatore del dritto in questa stessa epoca, non può essere però se non quello che viene affermato dall'ultima epoca della filosofia, cioè *la ragione in quanto risiede nell'uomo essenzialmente* senza che sia da lui circoscritta. Adunque in tale epoca si palesa l'idea che « il dritto è l'uomo in quanto è egualmente inviolabile », lo che vuol dire « in quanto è essenzialmente razionale ». Tal'è l'epoca che abbiamo a noi d'innanzi e che racchiude ciò che vi ha di vero nelle due precedenti, depurato da ogni èlemento innaturale o fattizio; poichè non può asserirsi che « il dritto sia l'uomo », senza ammettere tutti i dritti dell'umana personalità, e senza ripetere la loro comune inviolabilità dalla sorgente dell'assoluto, cioè dalla *ragione infinita*, la quale fa che l'uomo in quanto è *essenzialmente razionale* non può non essere *egualmente* anche *inviolabile*.

Sì fatte tre epoche constituiscono la *cronologia ideale* della Storia giuridica, conciossiachè esse emergono dall'idea stessa del dritto in quanto è diversamente compreso e spiegato dall'uomo, e non sono improntate ad alcuno elemento giuridico esteriore di cui anzi contengono la ragione e ne sono la causa. Però il loro divario è profondo come alta è la loro origine. E quando si volesse contrassegnarle col loro proprio nome di epoche *filosoficogiuridiche*, si avrebbe nuova prova di quel che abbiamo detto nella prima parte di questo discorso, cioè che la Storia giuridica dee salire sino alla ragione ultima della inviolabilità del dritto, per poter essere nel caso di ricavare le svariate legislazioni dal loro primo principio e di classificarle secondo le loro massime epoche. Che anzi rispondendo queste al movimento storico della filosofia del diritto, sì che

esse segnano le tre grandi fasi dello svolgimento di tale scienza nel tempo; si conferma eziandio che la Storia giuridica dee convertire in sua vital parte la Storia della filosofia del diritto. Conciossiachè le tre massime epoche della Storia delle legislazioni non sono che le medesime grandi epoche della scienza del dritto, come queste lo sono della Storia della filosofia del diritto, che immediatamente le riceve dall'idea unica del diritto considerata appunto in ciascuna delle sue tre forme diverse, in che sta l'*unum et trinum* della Storia giuridica.

Non mi fa peso il dubbio che simili epoche per esser troppo vaste siano meno importanti. Cadono qui opportune alcune notevoli considerazioni del dotto Jhering in rapporto al significato del momento del tempo nella Storia del dritto. «Codesto significato, dice egli, è primieramente che su di questo terreno la Storia agisce molto lentamente, e che impiega assai a produrre poco».... «La fecondità della Storia del diritto ha per intenzione lo sviluppamento dell'organismo del diritto, e non si annuncia per ciò che questo consuma, ma per ciò che digerisce. Codesto lavoro procede assai lentamente, e forse in dieci secoli non produce tanto, quanto produce in uno la Storia della politica, dell'arte, della letteratura»... Quindi conchiude, che: «Lo storico del dritto ha da misurare il tempo con un metro molto più ampio ed elastico che solitamente non si usa»... «Laonde egli non potrà prendere per fondamento gli spazî più brevi segnati dagli anni che converrebbero all'esposizione della Storia politica, senza rendersi sommamente difficile il raggiungimento del suo ultimo scopo, la discoperta del complesso di fatto nello svolgersi del dritto. Anzi egli dovrà apparecchiarsi anticipatamente a tener dietro a siffatto svolgimento per lungo tratto di secoli, ed a lasciare, per così esprimermi, tempo al tempo di farglisi intelligibile 1)».

Lungo sarebbe qui il far parola dei principali modi in cui le epoche del dritto furono classificate da altri. Solo dirò che molte di tali divisioni tornarono senza frutto per la Storia giuridica, e senza importanza per la intelligenza delle legislazioni, sopratutto perchè non furono ricavate dalla loro prima e feconda sorgente, ma si appigliarono o a talune idee secondarie, o alle differenze dei me-

1) *Lo spir. del dir. rom.* Intr. § 5.

todi, o anche alle forme esterne dei libri, qual fu a cagion di esempio la divisione dell'Hufeland in tre periodi, cioè quello della trattazione frammentaria, l'altro della trattazione sistematica indeterminata, e l'ultimo della trattazione sistematica determinata.

Dovendo bensì indicare i principali caratteri delle epoche da noi descritte, per quanto fa all'uopo nostro, sono in grado di dire dietro le esposte idee, che la prima epoca è quella che dee chiamarsi delle legislazioni *teocratiche*, la seconda delle legislazioni *civili*, l'ultima delle *filosofiche*.

Nella prima di esse niuna prerogativa si ha dall'uomo *jure proprio*, ma se alcuna se ne possiede, questa non è che *partecipazione* della divinità. Nella seconda vi ha prerogative che si vantano *jure proprio* da una *classe* di uomini, ve ne sono altre ottenute solo *beneficio alterius* da un'altra classe: lo che vuol dire *privilegi* da una parte e *concessioni* dall'altra; onde l'ineguaglianza non giustificabile la quale fu perpetua cagione di lotte per tutte le ingiustizie legali in cui si riassume la storia giuridica della intera seconda epoca. Nella terza tutto si ha dall'uomo come uomo, cioè *jure proprio*, e nulla *beneficio alterius*, lo che vuol dire proscrizione dei privilegi e ricuperazione dei dritti secondo la loro comune ragione fondamentale.

Sotto un altro aspetto, nella prima epoca l'ordine giuridico è involto nell'ordine eticoreligioso: lo che deriva dal pensarsi in essa il dritto come proprio solo della divinità, per cui il dovere stesso è dogmatico, cioè alligato alla formola di un precetto divino, sì che per servirmi di due gravi parole degli antichi latini, ha luogo propriamente non già il *jus* ma il *fas*. Nella seconda epoca apparisce il dritto per l'uomo, ma esso mostrasi confuso coll'ordine morale: la qual cosa nasce da che il dritto si annuncia in detta seconda età principalmente come obbligatorio: *Imperandi prohibendique sapientia* 1). Nella terza dopo essersi andato da taluni nell'eccesso di scindere in tutto il dritto dalla morale, si è giunto in fine alla vera costituzione dell'ordine giuridico, come subordinato all'ordine morale, ma come distinto tuttavia da esso: lo che proviene dalla importanza che in quest'ultima epoca ha preso il dritto facoltativo; sì che ormai la legge giuridica non può

1) Cic. *De Leg.* II, 4.

presentarsi altrimenti come *obbligatoria* da una parte, se non perchè essa è *facoltativa* o anche *potestativa* dall'altra.

E tuttavolta fa mestieri soggiungere che le mentovate epoche non sono in quanto al tempo disgiunte da limiti così prefiniti che la seconda e poi la terza non sian cominciate se non quando si son chiuse le precedenti. Ciascun'epoca ha lasciato tralci nelle posteriori, come queste dall'altra parte hanno avuto i loro germi nelle anteriori. Quindi nella Storia giuridica si è avverato ciò che si osserva in ogni Storia, in cui molti nel passato rappresentano l'avvenire, come molti nell'avvenire rappresentano il passato dell'umanità.

Tralasciando però ogni ulteriore tratteggio su ciascuna delle indicate grandi epoche, e astenendomi in tutto dal far menzione delle epoche subordinate, le quali si riferiscono alle diverse legislazioni speciali, credo uniforme al piano del presente discorso l'arrestarmi a quei punti più generali che ho già designati.

Quanto effetto possano avere le enunciate idee io non so. Di questo però posso far testimonio, cioè che io le ho esposto instigato da una doppia fiducia: quella nel vero da una parte, e dall'altra, lo dirò con Tacito; *Rara temporum felicitate*, *ubi sentire quae velis*, *et quae sentias dicere licet* 1).

---

1) *Hist.* I, 1°.